

NECESIDAD DE LIMITAR LA INTERVENCIÓN PENAL

Dr. José Urquizo Olaechea
Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona-Bellaterra. Ex becario de Max Planck Institu en Derecho Penal comparado, Freiburg-Alemania. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de San Martín de Porres. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista. Docente en la Academia de la Magistratura.

Sumario:

I. Presentación. II. El principio de proporcionalidad. III. Dogmática del principio de proporcionalidad en sede punitiva. IV. Síntesis finales.

I. PRESENTACIÓN

El Derecho Penal Peruano en la actualidad sigue una línea de severidad tan marcada, que, deja la impresión que el Código Penal en el que compila su contenido no es uno de ropaje garantista, sino, un código marcial que vibra al son del tambor, anunciando la “guerra” contra los otros, aquéllos que se automarginan a través de la comisión de delitos.

Qué duda cabe, en los últimos años la tendencia punitiva vinculada a extremos ha tenido acogida. Como expresión de esa ruta tenemos la modificatoria al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal

que incluye la reincidencia y habitualidad⁵⁷⁶ como elementos neutralizantes de la “responsabilidad por el hecho”. A ello puede aunarse la reciente Ley N° 29409 de 16 de setiembre de 2009 sobre reincidencia y habitualidad, que delinea la configuración de los mencionados conceptos de forma específica declarándolos “agravantes”.

El sistema punitivo que al que nos referimos busca legitimarse mirándose a sí mismo. Es decir, prescinde de otras categorías del conocimiento y de las ciencias, quedando en la superficie sólo una densa estructura

⁵⁷⁶ El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal ha sido modificado por el artículo 1ero. de la Ley N° 28730 del 13 de mayo de 2006.

normativa. Las motivaciones punitivas se han convertido en círculos cerrados que diseñan su punto de referencia y sus límites. Esta tendencia, marca también su vocación: el crecimiento del Derecho Penal en todas las formas posibles.

Todos los mecanismos que tiendan a limitar el “modelo penal” o a racionalizarlo e integrarlo a moldes garantistas, reduccionistas u otros, inevitablemente caen dentro de la “ira” del sistema penal, que no los ve con buenos ojos. Por ello, los aparejos de los que se vale el discurso limitador del ius puniendi tienen la necesidad de presentar una notoria contundencia de argumentos jurídicos. En este sentido, cabe mencionar el caso de la violación del artículo 173 inciso 3ero del CP, que, ha llevado a la Corte Suprema de la República a establecer criterios de “ponderación” para evitar injusticias propiciadas por el contenido de la norma penal, así:

“deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una **proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa**, en base a las circunstancias particulares del caso a las condiciones especiales de los sujetos del delito (...)

El órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia cada caso sub iudicio, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

- a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimento o tolerado socialmente.
- c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
- d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo, de las prácticas sexuales realizadas.
- e) Desde esta perspectiva deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal (...)” [Vid. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, El Peruano 25-03-2008, p. 6410].

El resaltado es nuestro.

De otro lado, los principios limitadores a la intervención penal tienen plena justificación en cuanto la “libertad” no puede quedar en manos del Estado por ser Estado. Este planteamiento se puede rastrear con claridad en los albores del pensamiento iluminista. Beccaria con precisión ubicaba el punto:

“Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar del resto en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario (...)”⁵⁷⁷.

Certeza y segura tranquilidad son la consecuencia de perder porciones de “libertad”; esto es producto de la racionalización de la sociedad y de la búsqueda de fines. Opinamos que el Estado sólo es un administrador de recursos y ejecutor de la gestión pública, y no un ente creado para actualizar la miseria y debilidad ni tampoco para declararse poderoso frente a los ciudadanos. Este punto de partida, desarrollado en las antípodas o en las negaciones y afirmaciones que aparecen en el horizonte del Derecho Penal, se plantea aquí, desde la perspectiva de ahondar como valor inmutable la libertad del sujeto en un mundo jurídicamente organizado.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hay que reconocer que el principio de proporcionalidad no emerge únicamente en relación con el Derecho Penal sino es parte constitutiva del todo el ordenamiento jurídico. Cualquier área del derecho puede recurrir a él como fuente. El principio de proporcionalidad no se establece para el Derecho Penal de forma exclusiva y excluyente. El Derecho Penal recurre a él por cuestiones esencialmente valorativas y de diseño. Valorativas en la perspectiva que un Derecho Penal en un Estado Constitucional no puede dejar de acoger todo aquello que optimice la posición del ciudadano en su vinculación con las normas positivas penales y de forma en cuanto no puede construirse en función de “excesos”.

⁵⁷⁷ BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana en el segundo centenario de su muerte 1794-1994. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, edición a cargo de Nodier Agudelo Betancur, 1994, p. 9.

El campo de aplicación del principio de proporcionalidad abarca todo lo punitivo, es decir, no es un tema exclusivo del Derecho Penal sustantivo ni sólo de la parte especial, compromete, el Derecho Procesal Penal, el Derecho de Ejecución Penal y todo aquello que tenga que ver con “hechos punibles” tal como lo indica el artículo X del Título Preliminar del Código Penal.

El principio de proporcionalidad penal (Art. VIII del Título Preliminar del CP), no tiene una manifestación expresa en la Constitución que refleje su aplicación en el ámbito punitivo. La Constitución peruana en el último párrafo del artículo 200, en el contexto de las acciones de garantía [amparo, hábeas corpus y otros] le establece:

*“Cuando se interponen acciones de esa naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la **proporcionalidad** del acto restrictivo” [el resaltado es nuestro].*

La referencia que hace la norma constitucional al principio de proporcionalidad ha sido interpretada y desarrollada por el Tribunal Constitucional desde diferentes perspectivas. Así, tenemos lo siguiente:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho (...), por lo que la satisfacción de éste ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho (...), puesto que el principio de proporcionalidad sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”⁵⁷⁸.

En la misma línea ha indicado el Tribunal Constitucional: “(...) el principio de proporcionalidad constituye un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales). Se trata de una técnica a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva”⁵⁷⁹.

La interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la proporcionalidad como esencialidad jurídica, colabora con la construcción del principio en términos más intensos en referencia a datos normativos. La idea de libertad, de dignidad de la persona humana, los derechos inherentes a la persona que se erigen en derechos subjetivos, la diferencia con el principio de culpabilidad y otros elementos concurrentes en el proceso de interpretación deben ser considerados al momento de definir conceptualmente el concepto y sus alcances. Para comprender su trascendencia, este principio debe ser visto a través de la pugna que genera la intervención penal en la vida del ciudadano. Pero aún más, toda interpretación de datos normativos debe hacerse a partir del sesgo restrictivo de la intervención penal en todas sus manifestaciones⁵⁸⁰.

El sistema punitivo peruano descansa -entre otros institutos jurídicos- en el principio de legalidad y de certeza penal del artículo 2° inciso 24 apartado “d” de la Constitución, como criterio rector de su juridicidad. Este principio puede resumirse como la descripción del hecho fáctico en términos claros y exactos además de la precisión legal de la pena a aplicar al caso concreto. Como puede apreciarse aquel se convierte por sus propios efectos en un instrumento de seguridad jurídica para el ciudadano⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Vid. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Jurisprudencia y doctrina penal constitucional, Segundo Seminario, Lima, editorial Palestra, 2006, p. 149.

⁵⁷⁹ Vid. Sentencia N° 0760-2004-AA/TC de 9 de febrero de 2005, caso José Vidal Meza Guerra, Ica. Fundamento 3.3.

⁵⁸⁰ Ibidem. El Tribunal Constitucional ha sido profuso respecto a la interpretación de ésta regla: “... el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena. En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N° 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer” pp. 149, 150.

⁵⁸¹ Vid. URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad. Lima, editorial Grafica Horizonte, 2000, pág. 41,42. El autor recoge la idea de Heinrich Henkel: “El sujeto quiere saber cómo ha de comportarse según las exigencias del Derecho en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida y qué comportamiento puede esperar o pretender de los otros; con otras palabras: qué hechos y obligaciones existen para él y con qué consecuencias jurídicas de su comportamiento tiene que contar” p. 42, cita 63.

En otra perspectiva, es decir, el Derecho Penal visto desde el plano valorativo, los límites a la intervención penal reconocen el binomio “libertad” versus “pérdida de libertad” como un proceso de negación y afirmación continúa que se presenta en la zona de conflicto social propia del Derecho Penal. Ahora, la fórmula de solución de estas relaciones contrapuestas, debe regirse por criterios de **ponderación**, los cuales se reflejan desde todas las posibilidades que concede la norma penal, procesal y esencialmente la constitucional.

Así, en los casos de **pérdida de libertad** del ciudadano los **“autorefrenos”** punitivos deben ser de mayor calado, o, las **“autolimitaciones”** punitivas deben expresarse tanto en la interpretación y aplicación del Derecho Penal y en el nivel abstracto, en la construcción de la norma misma, debe seguirse criterios de moderación y no de exacerbamiento punitivo.

Ya el Tribunal Constitucional ha ofertado tal idea en cuanto indica que el juzgador:

*“... deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad “menos lesiva” para los derechos en juego que la decisión adoptada”*⁵⁸². El subrayado es nuestro.

La construcción del Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho, ha destacado su rechazo a cualquier alternativa en la que aparezcan rasgos de degradación del sujeto por el entramado punitivo. Una de las fuentes a considerar como parte del Programa Penal de la Constitución es la referida a que nadie debe ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes consagrado en el artículo 2° inciso 24 apartado “h” de la Constitución.

Esta fuente normativa constitucional tiene su otra cara en la afirmación suprema del respeto a la dignidad de la persona humana. El poder del contenido de la dignidad de la persona humana no permite elaborar a través de normas penales u otras un sistema de “degradación” de aquella. No olvidemos

que los sufrimientos físicos o morales inciden sobre la esencialidad del sujeto, por tanto, el Derecho debe resguardarse de lesionar a la persona. El mundo interno, el aspecto espiritual también es objeto de protección por el sistema jurídico, por ello, la necesidad de compatibilizar las razones de la aplicación del *ius puniendi* no enerva la necesidad de ponderación del mensaje normativo total reconduciéndolo por soluciones que preservan los valores y principios y no lo contrario.

Por tal razón todos sabemos que el **“exceso punitivo”** afirma relaciones tensas, pero, básicamente negativas, contradictorias y que muchas veces se convierten en un lastre que no ayuda a la solución del conflicto social o a su prevención. Todo aquello que levante los límites de la paz jurídica enlaza negativamente con la línea garantista de un Derecho Penal democrático, que el Perú profesa⁵⁸³.

El principio de proporcionalidad –que aquí se reivindica– tiene un amplio margen de operatividad y trabaja con todas las disposiciones que configuran el mundo punitivo y otros. Su proyección pasa desde el cuestionamiento de la norma en sí misma hasta los procesos de aplicación.

En ese nivel, la doctrina acepta la “proporcionalidad en abstracto” y la “proporcionalidad en concreto”. Así, en palabras de García Pablos de Molina:

*“el principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global. Tiene en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor de un delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste) ... la exigencia de proporción se determina mediante juicio de ponderación ente la “carga coactiva” de la pena y el fin perseguido por la conminación legal”*⁵⁸⁴.

⁵⁸² Vid. Sentencia N° 0760-2004-AA/TC, 9 de febrero de 2005, caso José Vidal Meza Guerra, Ica. Fundamento 3.3. segundo párrafo. La tendencia del Tribunal Constitucional en éste punto es significativa. “a su vez, en el fundamento jurídico N° 109 de la STC N° 050-20043-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se autolimita (...)” en la sentencia N° 2235-2004-AA/TC, 18 de febrero de 2005, caso Grimaldo Saturdino Chong Vásquez, Lima, fundamento 6 cuarto párrafo.

⁵⁸³ Vid. URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de proporcionalidad penal; en La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al profesor José Cerezo Mir. Madrid, editorial Tecnos, 2002, p. 196, especialmente la cita de pie de página 5.

⁵⁸⁴ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal. Introducción. Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, 2000, p. 398. Vid Urquizo Olaechea, José, ob. cit. p.205 y ss.

De ello se concluye: la culpabilidad afecta el injusto del hecho, la proporcionalidad es la relación entre la gravedad del injusto y la pena⁵⁸⁵.

En el plano legislativo, la creación de las normas se ajusta a finalidades (ninguna finalidad se admite en cuanto quiebre las reglas del ordenamiento constitucional), por ello, se explica que las nuevas leyes deben tener como fuente las reglas que el Estado de Derecho concede. La cláusula de no exceso, significa que la creación de normas punitivas o las ya existentes no se desplacen al margen de las reglas generales e imperativas del ordenamiento jurídico, dada la vinculación que ella establece en virtud que configura el mundo jurídico del sujeto en sociedad.

En éste sentido, la **fragmentariedad y mínima intervención penal** como menciona Rosales Artica.

“... son concreciones del principio de proporcionalidad penal, el hecho de que, por un lado, no todo tipo de conductas deben ser sancionadas jurídico-penalmente [v. gr. Las meras inmoralidades, el adulterio, etc.], y por otro lado, que no toda forma de vulneración sobre un bien jurídico es penada sino solo aquellas que son más graves; para ello el legislador se puede valer de criterios como la importancia del bien jurídico y el de dañosidad social, por los que se puede llegar a entender que la intervención del Derecho Penal no resulta proporcionada, si se interpreta que no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra estas”⁵⁸⁶.

El reconocimiento a la dignidad de la persona humana, la libertad y todo el entramado axiológico (honor, buena reputación, intimidad, etc.) resulta un imperativo en un Estado de libertades. Veamos, la igualdad de todos ante la ley obliga a no crear modelos punitivos expresos o específicos, sólo cabe aceptar modelos generales y abstractos. Lo expreso o específico, es decir, lo dirigido contra algún ciudadano desde el plano punitivo es expresión de abuso y arbitrariedad.

Una norma así ni siquiera puede llamarse desproporcional, por estar desligada de las bases y fundamentos del Estado de Constitucional de Derecho y paralelamente, carece de justificación material. Es por esa misma razón que el Derecho Penal que se auspicia y que surgió plenamente con el código de 1991 es el Derecho Penal de acto.

Una norma que no tome en cuenta los principios y fundamentos señalados, y referida a un Derecho Penal de autor, resquebraja los moldes liberales propios a un Estado de Derecho, que, por lo demás conforme al contexto, pueden devenir en marcadamente desproporcionales⁵⁸⁷; ello, sin dejar de lado que queda afectado el principio de culpabilidad penal⁵⁸⁸.

El Derecho Penal se rige sobre el presupuesto de la menor injerencia posible en la vida de los ciudadanos, lo que se conoce como principio de intervención mínima: “... el Derecho Penal ha de ser la “ultima ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos. También debe haber subsidiaridad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras”⁵⁸⁹.

El enlace entre el principio de intervención mínima y el principio de proporcionalidad se compagina en la medida que el legislador puede utilizar medios alternativos para el logro de sus fines, dejando el Derecho Penal sólo para situaciones intolerables y sin resolución alternativa. Es decir, debe establecerse la regla de racionalidad que lleve a preferir lo menos oneroso para la vida de los ciudadanos.

Este planteamiento tiene larga data, baste recordar a Beccaria cuando en la conclusión de su famosa obra *De los delitos y de las penas* señala: “... para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública,

⁵⁸⁵ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit. p. 399. Respecto a la culpabilidad: Luzón Peña, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid, editorial Universitas, 1996. El catedrático de Alcalá señala en relación al principio de culpabilidad: “Contiene una doble limitación: no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser **proporcional** al grado de culpabilidad, normal o disminuida. En el aspecto funcional este principio está estrechamente conectado a los de necesidad, eficacia y **proporcionalidad**” p. 86.

⁵⁸⁶ ROSALES ARTICA, David. “El principio de proporcionalidad y la limitación de la pena” en *Jurisprudencia Penal Comentada*, Tomo 173, abril 2008, Lima, editorial Gaceta Jurídica, p.105/106. Ver asimismo la cita N° 9 de pie de página.

⁵⁸⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel / Vives Antón, Tomás V. *Derecho Penal parte general*, 5ta. Edición. Valencia, editorial Tirant Lo Blanch, 1999. Plantean los autores que a lo más, en estos casos se puede plantear una acción de inconstitucionalidad, p. 85 cita de pie de página 10.

⁵⁸⁸ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, Publicaciones Universidad Complutense, 2000, p. 398.

⁵⁸⁹ LUZÓN PEÑA, diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid, editorial Universitas, 1996, p. 82.

pronta, **necesaria**, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, **proporcionada a los delitos**, dictada por las leyes⁵⁹⁰. La “necesidad” constituye un factor central que refleja la antesala de la proporcionalidad penal y es de larga data. Ya la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 señaló en el artículo 8: “La ley no debe establecer sino las penas **estricta** y evidentemente **necesarias**”⁵⁹¹.

III. DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SEDE PUNITIVA

El Código Penal Peruano señala en el artículo VIII del Título Preliminar lo siguiente: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. ...”. Aquí, el principio de proporcionalidad penal se plantea en términos restrictivos como el mandato de “no sobrepasar”, situación que impone juicios de ponderación en sede axiológica. Al parecer, el artículo VIII del Título Preliminar viene referido respecto de una proporcionalidad penal en “concreto”.

El presupuesto de la relación es la existencia del sujeto culpable, responsable del hecho entendido como fenómeno histórico que transcurrió y es pasado. Es el hecho el que se vincula al Derecho Penal en cuanto se lo valora como hecho culpable, entonces, el autor asumirá su responsabilidad no más allá de los límites de su hecho, caso contrario se convierte en un “exceso” que deviene en prohibido⁵⁹².

La aplicación del principio de proporcionalidad, por sí misma, permite la posibilidad que respecto a la norma misma el juez cuestione su posible inconstitucionalidad

y, por tanto, su no aplicación para el caso concreto debido al “exceso” punitivo, que se puede desgajar en la pena o en la propia configuración del injusto penal. Esta posibilidad viene dada por el artículo 51 de la Constitución Política que establece la supremacía de esta por sobre otra norma legal y la de la ley sobre las normas de inferior jerarquía. En esta misma línea, cabe revisar el artículo 138 de la Carta Magna que regula la incompatibilidad de una norma constitucional y una legal, supuesto en el cual los jueces prefieren la primera (aplicación del control difuso).

En la doctrina nacional se acepta que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal configura el principio de proporcionalidad, aunque, ello no quita que también aparezca como rasgo medular la configuración de la “responsabilidad” en el sentido de culpabilidad penal⁵⁹³. El profesor Villavicencio ha llevado el análisis del principio de proporcionalidad a terrenos valiosos en la configuración de la interpretación penal al considerar el principio de respeto y protección a la diversidad cultural en comunidades campesinas y nativas, y el principio de protección a la víctima⁵⁹⁴.

Ahora, ¿cuál es la medida que se debe seguir para definir la proporcionalidad en materia penal? Ciertamente, no existe una respuesta única, tampoco existe una “regla”. Lo que si existe son pilares en los que se puede basar una respuesta.

En primer lugar, debe definirse cuál es el objeto del principio de proporcionalidad. El objeto en que recae el principio de proporcionalidad es sin duda evitar los posibles “excesos punitivos”. Aquí, debe precisarse lo siguiente: el principio de proporcionalidad se asienta en criterios de “ponderación” lo que significa que su

⁵⁹⁰ BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Edición a cargo Nodier Agudelo Betancurt. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 105.

⁵⁹¹ Vid. GARCÍA PEREZ, Octavio. La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos REPC-09 (2007). Menciona el profesor de Málaga: “... es preferible unificar la idoneidad y la necesidad en un solo principio que se puede identificar con el de subsidiaridad: la intervención penal será necesaria si es idónea para prevenir delitos, no hay otros medios menos gravosos en el ámbito social o en otros sectores del ordenamiento jurídico y tampoco existen otros instrumentos menos lesivos que el Derecho Penal” p. 09:14.

⁵⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La sistemática alemana de la teoría del delito: ¿Es o no adecuada a estos tiempos? En Estudios de Derecho Penal. Lima, editorial ARA, 2005. En referencia a la teoría del delito y la teoría de la acción indica: “... el delito es el producto de un juicio que lleva, que emiten determinados sujetos a la vista de un determinado suceso histórico natural y en cuya virtud quienes emiten el juicio llegan a la conclusión de que ese hecho histórico tiene un significado jurídico-penal ...” p. 25.

⁵⁹³ GARCÍA CAVERO, Percy. Principio de proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad. Comentario al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal en Código Penal Comentado T. I. Título Preliminar. Parte General. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 211 y ss. También con amplios comentarios y desarrollo del artículo VIII del T. Preliminar: Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal parte General. Lima. Grijley, 2006, p. 115 y ss.

⁵⁹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit. p. 119, 120. Véase del mismo autor “Aplicación del artículo 15 del Código Penal en la experiencia jurisprudencial nacional” en VI Congreso Nacional de Derecho y Criminología 2009: Libro de ponencias magistrales y estudiantiles. Universidad Santiago Antúnez de Mayolo. Facultad de Derecho. Huaraz, editorial “Ventana Andina”, 2009, ps. 11-23.

función no es la de acudir como agravante o atenuante, los cuales que se encuentran predeterminados en las leyes penales. El principio de proporcionalidad aparece como “límite”, en cuanto en un caso concreto, se perciba que se va más allá de la responsabilidad por el hecho realizado (una sobrecarga punitiva).

También, desde la perspectiva de la prohibición del exceso, se debe analizar la posición de las víctimas respecto a una decisión penal que no recoge los alcances reales del daño causado en el caso concreto y todo lo que ella representa, así como la laceración que esa conducta generó al ordenamiento jurídico penal. Una posición que no considere estos elementos no hace sino convertir en simbólico el entramado penal. Vale la pena remitirse a la jurisprudencia que indicó lo siguiente como criterio rector:

“(…) las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional al delito cometido; ello, a su vez implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico (...) se debe agregar el principio de proporcionalidad, como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde (...)”⁵⁹⁵

El Derecho Penal regula conductas con la finalidad de promover la paz jurídica. Obviamente, el discurso penal se desenvuelve dentro de la racionalidad y esta no se logra extremando la punición o creando figuras penales sin mayor consistencia o relevancia en la vida social. Lo que se quiere es un Derecho Penal coherente con un modelo democrático y por tanto en constante revisión.

Es tarea de los institutos penales garantistas argumentar a favor de la disminución de la sobrecarga punitiva. Conforme al estado actual, la presencia y aplicación del principio de proporcionalidad en la esfera penal se construye con todos los elementos que el sistema punitivo ha condicionado. Las reglas para la medición de las penas (artículo 45,46 del CP) pueden orientar la “ponderación” de su magnitud (hacia arriba o hacia abajo); además de consideraciones como carencias sociales, cultura y costumbres, intereses de la víctima que sirven para definir en el caso concreto la solución al mismo integrando la proporcionalidad penal⁵⁹⁶.

En tal sentido, si existen elementos alternativos que permiten construir conforme a Derecho la proporcionalidad penal en casos concretos. También, resulta consistente la idea de afirmar vía enlace la aplicación de necesidad de pena y merecimiento de pena⁵⁹⁷. Respecto a esto último Roxin ha sentenciado:

*“la sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídica penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y “merecida” es sólo una pena acorde con la culpabilidad”*⁵⁹⁸

De éste planteamiento se desprende que existe un proceso de jerarquización de los valores punitivos sobre la lesión o puesta en peligro de los objetos de protección: tanto en lo material como en lo normativo (señalo lo normativo en relación a la utilización -cada vez mayor- de las construcciones de delitos de peligro abstracto o los casos de comisión por omisión). Ahora, si el sistema punitivo se declara regulador, su ámbito de influencia toca todos los aspectos, tanto lo administrativo sancionador como lo penitenciario (esto último en relación con el mandato constitucional de rehabilitar al condenado).

El principio de proporcionalidad no será indiferente a la realidad sistemática o de configuración punitiva y

⁵⁹⁵ Sentencia de 04/setiembre/2002. RN N°326-2002/ SALA PENAL PERMANENTE. Debe precisarse que en dicha sentencia la Corte Suprema aumento la pena de 4 años a 7 años efectiva por delito de violación de la libertad sexual.

⁵⁹⁶ Así, en el expediente N° 85-2004/SALA PENAL TRANSITORIA/Cono Norte. En síntesis la Corte Suprema asumió: “... es posible aplicar el principio rector del Derecho Penal de proporcionalidad de la pena previsto en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Sustantivo, debiéndose valorar los efectos del daño causado y el bien jurídico protegido, en ese sentido, es posible modificar la pena impuesta de manera proporcional...” en Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 81, publicada por los doctores Carlos Avalos y Meri Robles.

⁵⁹⁷ URQUIZO OLAECHEA, José. El bien jurídico en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año III, N° 6, Lima, 1998. Respecto a la necesidad de pena nos recuerda: “la necesidad de pena determina que un objeto valorado, pasado por el tamiz de la dañosidad social y el merecimiento de pena por razones de utilidad afirme la sanción como recurso final (...) la necesidad de pena no es sino una consecuencia de la aplicación de la extrema ratio (...) la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo” p. 832.

⁵⁹⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal. Madrid, CIVITAS, 1997, p. 100.

por ello puede penetrar en cada caso, dicho de otro modo, en cualquier parte del ordenamiento penal se puede desgajar relaciones que no reflejan el equilibrio entre el dato fáctico (entendido como hecho realizado) y la norma, sea por la fuerza de la norma en cuanto contenido (delitos culposos, figuras de peligro abstracto, delitos permanentes u otros casos); tales situaciones, en que la relación social no aparezca necesariamente como útil o que no exprese conformidad con valores sociales admitidos, deben reconducirse en un primer nivel por admitir un proceso de racionalización y en cuanto imperativo normativo sujetarse a las reglas del principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad también se puede establecer sobre estándares comparativos: no se puede igualar una aficción a la vida con un delito patrimonial. Es decir, el punto de referencia viene dado por el **bien jurídico**, pero, el bien jurídico en cuanto exprese de manera clara la dañosidad o lesividad de la conducta en términos materiales⁵⁹⁹ y no términos de expectativas (digo expectativas en relación al fenómeno del discurso doctrinal de la seguridad ciudadana)⁶⁰⁰.

También, y con frondosa literatura la concepción del Estado de Derecho democrático impone ciertos rasgos: "... un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho Penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de "nocividad social" del ataque al bien jurídico. Conminar en la actualidad con la pena de muerte el "tercer hurto", como se hizo en otras épocas históricas, contradiría abiertamente la actual significación social del hurto"⁶⁰¹.

El Estado de Derecho democrático no puede ofertar algo que le es ajeno a su naturaleza. Lo democrático representa la presencia social como factor a considerar

en el proceso de creación o aplicación de la norma penal, pero, ello no significa sacrificar el orden valorativo quebrando la medida de proporcionalidad. Por ello, se sostiene que el modelo de Estado Constitucional de Derecho no puede llevar a cabo tal evaluación de espaldas a la realidad social: la gravedad de las penas, en consecuencia, ha de ajustarse a la nocividad social de las conductas incriminadas⁶⁰².

Ahora, en el ámbito de las penas, cabe recordar que la pena no es retribución (mal por mal), de ello se deduce, que la pena no representa la misma entidad que el daño causado (así muerte por muerte) tales configuraciones no son de recibo. En la actualidad, la pena, lleva en sí misma un componente equilibrante (en realidad el moderno Derecho Penal no actualiza sentimientos de venganza sino racionalidad frente a bienes jurídicos lesionados). Incluso, en los casos graves, la ley y su contenido –también en su aplicación– no pueden dejar de considerar la posición tutelar del Estado frente a estos agravios y a los rasgos de "dañosidad" y el conjunto de elementos que aparecen en un injusto.

Cuando se alude a la "ponderación" se recuerda al Estado que detrás de lesiones a bienes jurídicos, se encuentran sujetos desarrollados (libres) que participan dentro de las estructuras sociales y valorativas propias a una sociedad concreta, pero además, en virtud del libre desarrollo de la personalidad. La participación en sociedad del sujeto pasa por reconocer sus rasgos particulares, que, han de considerarse no para maximizar la respuesta penal sino para equilibrar las relaciones laceradas: el agresor [como sujeto responsable], la víctima, la posición de la sociedad en la esfera penal, la presencia del Estado como interlocutor activo y la adecuación de esa realidad en figuras penales y en sanciones penales, conforman el horizonte general en que se muestra el ordenamiento punitivo. Ello, en virtud que el delito es un ámbito situacional concreto y determinado y no un ente abstracto o ideal separado de la humanidad.

⁵⁹⁹ ROSALES ARTICA, David. El principio de proporcionalidad y la limitación de la pena Ob. cit. El autor en sus conclusiones manifiesta lo siguiente: "... se trata de la ausencia de congruencia respecto a los criterios de proporcionalidad que existen al interior del Código Penal peruano, en tanto, no se respeta la jerarquía de los bienes jurídicos y se termina sancionando con menor gravedad, aquellos delitos que atentan contra institutos socio jurídicos que se encuentran en primera línea, v. gr. En el artículo 106 se sanciona con pena privativa de libertad de entre seis a veinte años la configuración de un delito de homicidio simple [el bien jurídico es la vida humana], mientras que se sanciona con privación de libertad que va de diez a quince años la realización de un delito de extorsión, previsto en el artículo 200 en su forma simple [el bien jurídico es el patrimonio] ... el legislador peruano sanciona aplicando la pena de cadena perpetua, como por ejemplo en el delito de extorsión, artículo 200 del Código Penal, en el que se emplea esta pena para sancionar una de sus agravantes. De esta manera se grafica que el legislador nacional se equivoca y vulnera el principio de proporcionalidad abstracta" p. 108.

⁶⁰⁰ Vid. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 16, Lima, 2005, p. 153 y ss [Dir. José Urquiza Olaechea].

⁶⁰¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, 7ma. Edición. Buenos Aires, editorial BDF, 2005, p. 137.

⁶⁰² GARCÍA PABLOS de Molina, Antonio, ob. cit. p. 400.

El valor justicia es inherente a la proporcionalidad penal, pero, aún más constituye el hilo conductor de todo el ordenamiento jurídico. Tanta dignidad como persona humana tiene la víctima como el agresor, pero, las posiciones jurídicas varían. El entronque punitivo, entonces, viene dado por no crear un mayor sometimiento, humillación, postergación, desigualdad, proscripción o marginación [así, cuando se impulsa la teoría del sujeto peligroso]. En realidad, lo que se tiene que reconocer es la existencia de condicionamientos sociales, culturales y económicos que definen o provocan determinadas conductas. El valor justicia releva la dignidad de la persona humana en tanto representa el límite material a la función punitiva⁶⁰³.

Este criterio, -la aplicación de las reglas de proporcionalidad- no es de aplicación exclusiva al sujeto responsable, si bien es un rasgo relevante porque en tal sujeto recae el peso del Derecho Penal, también, dichas reglas se dirigen a quienes han sido víctimas del hecho criminal. Este punto no se puede soslayar, pues, en cada caso de aplicación se reafirma el Derecho tanto para el agresor como para el agredido y en ambas situaciones hay que precisar o rediseñar los límites de la intervención penal.

El principio de proporcionalidad en la denominada sociedad de riesgo, tiene que crear los mecanismos “neutralizadores” para abordar los fenómenos de la sociedad postindustrial que entre otras se caracteriza por la utilización de los grandes avances tecnológicos [uso de la energía nuclear, productos químicos, recursos alimenticios, riesgos ecológicos, etc] y que se refleja en el Derecho Penal a través de figuras de peligro abstracto y la creación de tipos penales universales⁶⁰⁴.

El Derecho Penal de la Ilustración cede paso a nuevos moldes de intervención ligados a objetivos concretos en el orden social, económico y que se presentan como demandas que deben lograr estructurar una legislación criminal con nuevas características (nuevas demandas de seguridad a través del Derecho Penal).

El Derecho Penal de estas características, no tiene reparos en llevar adelante ideas de “inocuidad” para lo cual se sirve de las penas largas o medidas de seguridad de gran calado, por el miedo al delito, a las imágenes de delincuencia organizada o la conformación de una sociedad tecnológica capaz de crear continuamente nuevos riesgos, nuevos peligros.

La imagen de la sociedad se enriquece con la idea de los extraños, los excluidos, los extranjeros, presentados erróneamente como fuente de peligros. Los mecanismos de control previos se definen a través de la actividad de la policía y luego la presencia del fiscal en términos “decisionales”, cuando determina quién va a prisión preventiva y quién no. Todos estos fenómenos recaen en el Derecho Penal en sentido amplio.

El proceso de “neutralización” aparece en cuanto los sujetos y el Estado se presentan en planos igualitarios y por tanto con responsabilidades iguales, que, trasladado a los riesgos o peligros, estos finalmente quedan en manos de los autores (sea por acción u omisión) y por tanto deben asumir las cargas punitivas en los mismos términos.

Para ello, se declara a los sujetos como libres y responsables capaz de organizarse y por tanto responder por su organización o autoorganización que los lleva a la autoresponsabilidad y a admitir plenamente el Derecho Penal que cae como rayo vertical, prescindiendo de todos los elementos o circunstancias propios a la realización del delito para llevarlo a la pura valoración normativa: así, la acción u omisión por delante, pero, el fundamento real son los “deberes” calificados de inherentes a la vida en sociedad, por tanto, adheridos tales deberes a la existencia del sujeto en cuanto miembro de una sociedad concreta).

Quién quiebra los “deberes” se muestra contrario al **sistema jurídico**, sistema jurídico que debe imperar por encima de la posición del sujeto en cuanto este es un objeto también del **sistema punitivo** y su deber finalmente es patrocinar con su conducta el desarrollo y no su decadencia. Quién quiebra el “deber” que subyace por el sólo hecho de vivir en sociedad, queda degradado y el sujeto degradado no tiene mayores opciones en el sistema punitivo: su sanción legitimará ese orden, fundado en el rol o en la posición de la persona en sociedad. El degradado es peligroso y *mutatis mutandi* se puede predicar de él que en realidad es un enemigo.

Por tales razones, el principio de proporcionalidad se plantea desde la perspectiva liberal, que, ciertamente tiene apoyo en los lineamientos centrales de la Constitución del Estado. Un Derecho Penal liberal acoge y busca el desarrollo del principio de proporcionalidad,

⁶⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General, 4ta. Edición. Barcelona, PPU, 1994, p. 104-107.

⁶⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales. Reimpresión de la 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira-editor, 2006. Vid. Mendoza Buergo, Blanca. El Derecho Penal en la sociedad de riesgo. Prólogo de Gonzales Rodríguez Mourullo. Madrid. Civitas, 2001.

en cuanto, los criterios de ponderación de base normativa e incluso extranormativa recalcan en la búsqueda del valor justicia.

La aplicación del principio de proporcionalidad se desarrolla admitiendo un mundo donde el centro es el sujeto en relación con su hacer o no hacer y que las consecuencias de su hacer afectan a terceros en bienes reconocidos por el sistema jurídico penal; entonces, cuando se plantea un Derecho Penal ideal, donde el sujeto responde por su falta de adhesión al Derecho, tal falta de adhesión al sistema jurídico puede prescindir en cada caso concreto de admitir criterios de proporcionalidad, que nada aportan, porque es un problema de estabilización de la norma. El problema de la ideologización del Derecho Penal es que establecer altas cuotas de exigencia a través de los “roles” despoja a la persona de ser verdaderamente libre y racional y lo somete a reglas de satisfacción que debe lograr dentro de la comunidad, (sujetos ideales para un mundo ideal y un sistema jurídico ideal).

Así, se puede decir: no eres tú, es el sistema jurídico, que te protege, entonces, no lo traiciones, pues, si lo haces te conviertes en peligroso, en enemigo social. Para ti no hay proporcionalidad ni en las penas ni en la medida de seguridad ni tampoco en la construcción de la normatividad penal. Esta “ideologización” del Derecho Penal -que en la actualidad aparece como “tendencia”- no nos dice nada, pues, la garantía es el sistema normativo y su vigencia, no el sujeto, ni la víctima.

IV. SÍNTESIS FINAL

1. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente contiene la “prohibición de exceso” de forma expresa. Sin embargo, se ha utilizado en un sentido amplio al admitirlo como criterio rector de proporcionalidad penal con lo cual sus alcances son más ricos en propuestas, consecuencias y soluciones.

2. El principio de proporcionalidad es un instrumento de ponderación real y material: el factor justicia en materia penal y su proceso de realización afecta tanto a la estructura del tipo penal en cuanto comportamiento antijurídico, la sanción y todas las fases de aplicación del instrumental jurídico penal. Así, el principio de proporcionalidad está en capacidad de intervenir en todos los aspectos regidos por el elemento punitivo.

3. El principio de proporcionalidad se presenta como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado y plantea una petición de principio imponiendo al legislador la

exigencia, que, en la dación de normas no se presenten estas rompiendo el equilibrio de las relaciones de los sujetos en sociedad sino que aligeren al máximo tales procesos de comunicación y que tales injustos penales sólo aparezcan en la medida que para casos específicos no exista una solución fuera del Derecho Penal. Así, paralelamente la finalidad del Derecho Penal de preservar la paz jurídica se ve fortalecida.

4. Cualquier “tensión” en los procesos de interpretación penal (dato histórico como hecho realizado y la norma) debe resolverse a favor del mantenimiento del orden jurídico en situación de equilibrio. Ello viene de la mano del principio de proporcionalidad en virtud de lo que representa dentro del Derecho Penal: justicia en sentido lato.

5. El principio de proporcionalidad, concurre con otros criterios que pertenecen al bagaje jurídico del Derecho Penal: el principio de “intervención mínima”, entendido en el sentido que la intervención del Derecho Penal debe darse sólo cuando otros medios han resultado insuficientes para combatir los fenómenos de perturbación social; dicho de otro modo, sólo será proporcional la intervención del Derecho Penal en cuanto protección de condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques contra esos bienes valiosos.

6. El principio de proporcionalidad en su relación con el bien jurídico penal establece una línea de materialidad concreta, en la medida que si bien se define la existencia de los bienes jurídicos estos deben observar los procesos de jerarquización dentro de la sistemática penal y así quedar definida su trascendencia como interés jurídico. Esta diferenciación de un bien respecto de otro [o identificación de un bien en relación con otro bien jurídico] bien obedece a diversos factores de importancia de lo protegido y sobre todo del mantenimiento de la congruencia penal, el mismo que se verificará en la descripción del tipo penal objetivo, donde el legislador configura un mundo que no tolerará. Ello no quita, como tantas veces se ha señalado, que se apliquen criterios de preponderancia y se construyan los tipos penales con adelantamientos de la punibilidad a través de los delitos de peligro abstracto o la tendencia de plantearlos como delitos permanentes.

Se ha dicho tantas veces que no es lo mismo el patrimonio que la vida; y, que deben quedar, desde el punto de vista de contenido de la norma, claramente definidos los alcances de cada una de ella. De esta forma los tipos penales quedarán afectados por el contenido del bien jurídico y en la aplicación de la norma se ponderará dicha secuencia jurídico-penal.

Academia de la Magistratura del Perú

Jr. Camaná 669, Lima - Perú

Telf: (511) 428-0300

Fax: (511) 428-0252

www.amag.edu.pe